Al Licenciado/a(os-as) **JUAN HÉCTOR LARIOS LARIOS, JUAN JOSÉ MERINO ZELAYA Y EDUARDO CARDOZA RODRIGUEZ** (Defensores Particulares). La Secretaría de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. HACE SABER: Que en el proceso bajo referencia **430C2016,** instruido en contra de **JORGE MARIANO ANTONIO PINTO GUARDADO y otros, por el delito de APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS,** se ha emitido resolución que literalmente dice:----------

SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas con diez minutos del día veintiocho de junio del año dos mil diecisiete.

La presente resolución es emitida por la Magistrada Doris Luz Rivas Galindo y los Magistrados José Roberto Argueta Manzano y Ricardo Rodrigo Suárez Fischnaler, para resolver el recurso de casación interpuesto por el licenciado Julio César Magaña Sánchez, en calidad de querellante, contra el proveído emitido a las diez horas con cincuenta y cinco minutos del día once de octubre del año dos mil dieciséis, por la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, San Salvador, mediante el cual confirmó el sobreseimiento definitivo, pronunciado por el Juzgado Segundo de Instrucción de la misma ciudad, a las quince horas con diez minutos del día doce de agosto del año recién pasado, en el proceso penal instruido en contra de los imputados **JORGE MARIANO ANTONIO PINTO GUARDADO, EDUARDO GALDÁMEZ MENJÍVAR, LILIAN DINORA NAVARRETE DE CLIMACO, DAYSI HERNÁNDEZ VIUDA DE RIVAS Y GILBERTO DE JESÚS CASTRO SÁNCHEZ** por el delito **APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS,** previsto y sancionado en el Art. 217 del Código Penal, en perjuicio de la Asociación de Medianos y Pequeños Empresarios Salvadoreños, que se abrevia "AMPES", representada legalmente por el señor Maximiliano Adalberto Portillo Mijango.

Intervienen además, los licenciados José Arnulfo Menjívar Hernández y Antonio Julián Méndez Quezada, quienes actúan en calidad de agentes auxiliares del Fiscal General de la República y el licenciado Juan Héctor Larios Larios en calidad de defensor particular.

I.-ANTECEDENTES

PRIMERO: El Juzgado Segundo de Instrucción de esta ciudad, con fecha doce de agosto del año dos mil dieciséis celebró audiencia preliminar correspondiente al caso, al final de la cual dictó sobreseimiento definitivo a favor de los imputados arriba mencionados, el cual fue apelado por el querellante, licenciado Julio César Magaña Sánchez, cuyo recurso conoció la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, que confirmó el sobreseimiento definitivo, teniéndose los siguientes hechos acusados: "... *El día veintitrés de abril del año dos mil nueve, cuando AMPES, inició diligencias (...) ante el juzgado Cuarto de lo Civil de San Salvador en contra de la FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO, DESARROLLO, INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN DE LA MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA SALVADOREÑA, que puede abreviarse FUNDACIÓN INNOVA (en adelante INNOVA); para que fuera notificada de la decisión de "AMPES", a que se le restituyera el dinero que había sido dado en depósito y se les fijara ocho días continuos a partir de la notificación de la resolución para la restitución de la cantidad de UN MILLON SETECIENTOS DIECISIETE*

MIL CIENTO TREINTA Y UN DOLARES CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR ($ 1. 717. 131.77) más sus accesiones y frutos que se encuentran depositados en dicha fundación, tal y como consta en contrato de depósito celebrado en San Salvador a las nueve horas del día trece de mayo del año dos mil cuatro, ante los oficios del Dr. Ernesto Alfredo Parada Rivera, otorgado por la ASOCIACIÓN DE MEDIANOS Y PEQUEÑOS EMPRESARIOS SALVADOREÑOS, que puede abreviarse AMPES y la FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO, DESARROLLO, INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN DE LA MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA que puede abreviarse FUNDACIÓN INNOVA --- Dichas diligencias se siguieron en virtud que según Asamblea General Ordinaria de fecha treinta y uno de enero del año dos mil nueve, acta número cincuenta y uno, en el punto ocho varios número uno, AMPES acordó por unanimidad de votos pedir la restitución de la cantidad antes mencionada. El día diecisiete de diciembre del año dos mil nueve, se proveyó notificar a la "FUNDACIÓN INNOVA"; por medio de su representante legal Jorge Mariano Pinto Guardado, la decisión de restitución del dinero dado según contrato de depósito antes referido, lo anterior a fin de que restituyera la cantidad de dinero arriba mencionada a AMPES y para el cumplimiento de la referida restitución se otorgaba el plazo de treinta días, a partir de la notificación de lo proveído, la cual fue notificada a las once horas y cincuenta minutos del día once de enero del año dos mil diez, a la FUNDACION INNOVA...". (Sic).

SEGUNDO: El fallo recurrido en lo pertinente resolvió: "*...b) Con relación al recurso de apelación interpuesto por el querellante Julio César Magaña Sánchez, CONFÍRMASE EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO dictado (...) en favor de los imputados Jorge Mariano Antonio Pinto Guardado, Eduardo Galdámez Menjivar, Lilian Dinora Navarrete de Climaco, Daysi Hernández Viuda de Rivas y Gilberto de Jesús Castro Sánchez, a quienes se les procesa por atribuírseles la comisión del delito calificado como Apropiación o Retención Indebida, conducta descrita y sancionada en los art 217 Pn, en perjuicio de la Asociación de Medianos y Pequeños Empresarios Salvadoreños, que se abrevia "AMPES", representada legalmente por el señor Maximiliano Adalberto Portillo Mijango...*". (Sic).

TERCERO Al agotar el estudio de naturaleza formal ordenado por los Arts. 483 y 484 del Código Procesal Penal, esta Sala constata que se han cumplido los requisitos de tiempo y forma, así como el de impugnabilidad objetiva y subjetiva, por tratarse de una resolución dictada en Segunda Instancia, respecto de la cual se encuentra en desacuerdo el sujeto procesal legitimamente facultado. Al anterior acervo, se agrega que el libelo puntualiza el motivo de reclamo y cita la norma presuntamente quebrantada; en consecuencia, ADMÍTESE y decídase la causal invocada, Art. 484 Pr. Pn.

CUARTO: El inconforme identificó como único motivo, la errónea aplicación del Art. 217 Pn., y solicita, como consecuencia, se revoque o anule la resolución de la Cámara que confirma el sobreseimiento definitivo dictado a favor de los procesados.

QUINTO: Interpuesto el memorial por la parte interesada, tal como lo dispone el Art. 483 del Código Procesal Penal, se emplazó al licenciado Antonio Julián Méndez Quezada, quien actúa en calidad de agente auxiliar del Fiscal General de la República, a fin de que emitiera su opinión técnica y al respecto expresó que como garantes de la legalidad del debido proceso respetan la resolución de la Cámara pero no comparten lo resuelto por la misma, a donde advierte en su razonamiento que confirma el sobreseimiento definitivo, dictado por el Tribunal Segundo de Instrucción a favor de los implicados y a donde declara inadmisible el recurso de apelación interpuesto por esta entidad fiscal por carecer de legitimación objetiva ante la ausencia de un agravio, por lo que solicita que se declare por parte de esta Sala no ha lugar el sobreseimiento definitivo ratificado por parte de la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro.

También se emplazó al licenciado Juan Héctor Larios Larios, en calidad de defensor de los imputados relacionados en la presente resolución, quién contestó dicho recurso expresando que se declare inadmisible el recurso de casación interpuesto, por falta de fundamentación jurídica y de expresión concreta del agravio; o, en su caso, se declare no ha lugar a casar la resolución recurrida y se confirme la resolución del tribunal de alzada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

El recurrente invoca como único motivo la errónea aplicación del Art. 217 Pn., que contempla la conducta del delito de Apropiación o Retención Indebidas; en sus fundamentos expresa que la resolución de la Cámara, que confirma el sobreseimiento definitivo dictado por el Juzgado Segundo de Instrucción de esta ciudad, se basa en el argumento que el título por el cual la fundación INNOVA recibió el dinero que le fue entregado por parte de AMPES, en calidad de depósito, no es idóneo para la configuración de dicho delito, pues a criterio del tribunal de alzada se trata de un depósito irregular, conforme al cual al hacerse la entrega del dinero a la fundación depositaria, ésta lo recibe en propiedad, por lo que " ... *se incurre en el absurdo jurídico de exigir la devolución por parte de AMPES de bienes fungibles cuya propiedad ya no ostentan, pues ésta fue conferida a la fundación INNOVA* ...". (Sic).

Asimismo, añade el impugnante que el tribunal de segunda instancia sucumbe en el intento de interpretar cuál debe ser el título esencial para tener por cumplido uno de los elementos integrantes del tipo penal, siendo

que, a su criterio, el bien jurídico protegido, en un caso como el de autos, no es la propiedad sino el derecho al valor económico representado por el objeto entregado por AMPES; en este caso, la suma de dinero recibida por INNOVA en calidad de depósito, por lo que concluye que " *nos encontramos ante un hecho constitutivo de delito (...) de Apropiación o Retención Indebidas previsto y sancionado en el Art. 217 Pr. Pn.*". (Sic).

La Sala considera que el motivo deberá estimarse conforme a los razonamientos que serán expuestos en los párrafos siguientes.

La Cámara en el análisis jurídico conclusivo expresó, en lo medular, lo siguiente: "... *se tiene que el título que originó en favor de la sociedad INNOVA la tenencia de la cantidad de un millón setecientos diecisiete mil ciento treinta y un dólares de los Estados Unidos de América fue un deposito irregular --- Este tipo de contratos, por su misma naturaleza y condiciones de celebración, confiere a la fundación INNOVA la propiedad del bien mueble –dinero- para efectos de su custodia e inversión. Tal acuerdo es palmario asimismo por el texto del contrato de depósito celebrado entre los respectivos representantes de dicha fundación y la Asociación de Medianos y Pequeños Empresarios Salvadoreños, AMPES --- Es precisamente en este punto donde subyace un problema en la adecuación típica del ilicito al delito de Apropiación o Retención Indebida, pues no puede exigirse por parte de la asociación que se reputa como víctima el reintegro de una cantidad que, por ministerio del contrato celebrado, fue dada en propiedad y para su inversión a la fundación INNOVA ...*". (Sic).

En esa misma línea argumentativa señala: "... *desde esta perspectiva, se incurre en el absurdo jurídico de exigir la devolución por parte de los representantes de AMPES de bienes fungibles cuya propiedad ya no ostentan, pues ésta fue conferida a la fundación INNOVA por medio del contrato de depósito irregular (...) Este título entonces no puede servir (...) como fundamento idóneo para generar la obligación de restitución del dinero debido; ya que por su medio, AMPES ha transferido su dominio a INNOVA para permitirle usarlo ...*". (Sic).

Finalmente, concluye: "... *Atendiendo a los motivos anteriores, se ha verificado que no existe en la resolución apelada la incorrección alegada por las partes apelantes, ya que se ha constatado que el deposito irregular es un título inidóneo para generar la obligación de reintegración del bien objeto del contrato; pues al ser éste dinero y autorizársele para su uso a la fundación INNOVA, se le confirió la propiedad del mismo. Por ello, se declarará sin lugar la pretensión impugnativa de los recurrentes y se confirmará la resolución venida en apelación...*". (Sic).

Fue sobre la base de los anteriores argumentos que la Cámara confirmó el sobreseimiento definitivo apelado, por considerar atípica la conducta atribuida a los representantes de INNOVA -los ahora procesados- en virtud de la falta de idoneidad del título que originó en favor de dicha fundación la propiedad de un millón setecientos diecisiete mil ciento treinta y un dólares con setenta y siete centavos de dólar ($ 1.717.131,77) por haberse dado el dinero en calidad de depósito irregular; y es precisamente en este punto donde, según la Cámara, subyace el problema para la adecuación típica del hecho al delito de Apropiación o Retención Indebidas, ya que no se puede exigir por parte de asociación AMPES, como víctima del delito, el reintegro de una cantidad que por ministerio del contrato celebrado fue dado en propiedad y para uso e inversión a la fundación INNOVA.

Previo a introducirse al análisis jurídico respectivo, resulta oportuno citar las partes medulares del hecho acusado, así se tiene que: "*... El día veintitrés de abril del año dos mil nueve, cuando AMPES, inició diligencias de Notificación de Restitución y de Fijación de plazo, ante el Juzgado Cuarto de lo Civil de San Salvador, en contra de la FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO, DESARROLLO, INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN DE LA MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA SALVADOREÑA, que puede abreviarse "FUNDACIÓN INNOVA" (en adelante INNOVA); para que fuera notificada de la decisión de "AMPES", a que se le restituyera el dinero que había sido dado en depósito y se les fijara ocho días continuos a partir de la notificación de la resolución para la restitución de la cantidad de UN MILLON SETECIENTOS DIECISIETE MIL CIENTO TREINTA Y UN DOLARES CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR ($ 1. 717. 131.77) más sus accesiones y frutos que se encuentran depositados en dicha fundación, tal y como consta en contrato de depósito celebrado en San Salvador a las nueve horas del día trece de mayo del año dos mil cuatro, ante los oficios del Dr. Ernesto Alfredo Parada Rivera, otorgado por la ASOCIACIÓN DE MEDIANOS Y PEQUEÑOS EMPRESARIOS SALVADOREÑOS, que puede abreviarse AMPES y la FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO, DESARROLLO, INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN DE LA MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA que puede abreviarse FUNDACIÓN INNOVA ...". (Sic).*

"Dichas diligencias se siguieron en virtud que según Asamblea General Ordinaria de fecha treinta y uno de enero del año dos mil nueve, acta número cincuenta y uno, en el punto ocho varios número uno, AMPES acordó por unanimidad de votos pedir la restitución de la cantidad antes mencionada --- El día diecisiete de diciembre del año dos mil nueve, se proveyó notificar a la "FUNDACIÓN INNOVA", por medio de su representante legal Jorge Mariano Pinto Guardado, la decisión de restitución del dinero dado según contrato de depósito antes referido, lo anterior a fin de que restituyera la cantidad de dinero arriba mencionada a AMPES y para el cumplimiento de la referida restitución se otorgaba el plazo de treinta días, a partir de la

notificación de lo proveído, la cual fue notificada a las once horas y cincuenta minutos del día once de enero del año dos mil diez, a la FUNDACION INNOVA ...". (Sic).

"... De la resolución antes mencionada, FUNDACIÓN INNOVA a través de la Apoderada Sandra Elizabeth Sánchez Díaz, interpuso recurso de apelación el día catorce de enero del año dos mil diez, recurso que le fue declarado inadmisible por el Juzgado Cuarto de lo Civil, a las nueve horas del día diecinueve de enero del año dos mil diez; posteriormente la referida abogada interpuso el mismo recurso ante la Cámara Segunda de lo Civil de la primera Sección del Centro, Cámara que confirmo la sentencia definitiva, de igual forma la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia proveyó declarar inadmisible el recurso de casación ---La Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, en resolución del día tres de noviembre del año dos mil once, declaró ejecutoriada la resolución de las diez horas y treinta minutos del día cuatro de mayo del dos mil diez, que había sido dictada por el señor Juez Cuarto de lo Civil de San Salvador, en la que ordenaba a la FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO, DESARROLLO, INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN DE LA MICRO. PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA SALVADOREÑA", que puede abreviarse "FUNDACIÓN INNOVA", restituir el dinero que le reclamaba la Asociación de Medianos y Pequeños Empresarios Salvadoreños, "AMPES", providencias que fueron notificadas a la FUNDACIÓN INNOVA, a través de su representante legal señor JORGE MARIANO ANTONIO PINTO GUARDADO, por tal motivo en resolución judicial de fecha quince de noviembre del año dos mil once, el Juzgado Cuarto de lo Civil resolvió dar por recibido el referido proceso de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro y ordenando que se cumpliera ...". (Sic).

Ahora bien, el tipo penal de Apropiación o Retención Indebidas, previsto en el Art. 217 Pn., establece: "... *El que teniendo bajo su poder o custodia una cosa mueble ajena por un título que produzca obligación de entregar o devolver la cosa o su valor, se apropiare de ella o no la entregare o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro, será sancionado con prisión de dos a cuatro años...*". La estructura típica anterior, parte de la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Que el sujeto activo reciba una cosa mueble ajena; 2) Que el objeto haya sido entregado al autor por uno de los títulos que genera la obligación de devolver la cosa o su valor; 3) Que el sujeto se apropie, no devuelva o no restituya el objeto recibido o su valor; 4) Que se genere un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo.

El punto de discusión en el presente caso, se limita a la concurrencia o no del segundo de los elementos del tipo, es decir, sobre la existencia del título que produzca la obligación en la fundación INNOVA de entrega o devolver el dinero recibido en calidad de depósito por parte de los representantes de AMPES, en vista de lo cual, será necesario referirse de modo específico a este tema en las líneas siguientes.

Respecto de la idoneidad del título, este tribunal ha expresado que la tenencia del objeto típico, tiene que haberse producido por alguno de los motivos -títulos- a que hace referencia la ley, es decir, cualquiera que produzca obligación de entregar o devolver el objeto mismo o su valor -*números apertus*-. Siendo, pues, todos los títulos que hacen que el sujeto activo tenga la posesión de la cosa, pero no la propiedad; criterio que es válido mientras se refieran a bienes no fungibles. Así, se ha citado a vía de ejemplo, el depósito, salvo el depósito irregular, la administración, el comodato, el mandato, el arrendamiento, etc.

Ahora bien, pero si se trata de bienes fungibles –como el dinero- se debe examinar el caso con mayor detenimiento, pues, respecto de éstos se entiende que al tomar posesión del objeto o la cosa, se adquiere también la propiedad de los mismos. Son ejemplos de títulos que trasfieren la propiedad o bien porque permiten una disponibilidad plena de los fungibles: la compra venta, la permuta, la donación, el mutuo, el deposito irregular sin perjuicio del reclamo civil correspondiente. (Véase sentencia de fecha once de marzo del al año dos mil catorce en el caso con Ref. 307-cas-2007).

Continuando con el análisis, corresponde ahora determinar la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre los representantes de AMPES e INNOVA; en tal sentido, se encuentra agregado al proceso de Fs. 253 al 260 de la segunda pieza, la escritura pública ante los oficios del notario Ernesto Alfredo Parada Rivera, en el que consta el contrato de depósito realizado entre la Asociación de Medianos y Pequeños Empresarios Salvadoreños AMPES y la Fundación para el Fomento, Desarrollo, Investigación e Innovación de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa Salvadoreña INNOVA; conforme al cual, con base al acuerdo de Junta Directiva de AMPES en acta seiscientos veinticuatro, de fecha seis de mayo de dos mil cuatro, autorizó al presidente Ingeniero Jorge Mariano Antonio Pinto Guardado, para que trasladara en calidad de depósito en administración los fondos recuperados en litigio y recibidos por la asociación AMPES a la fundación INNOVA, por lo que en dicho concepto se hace la entrega de un millón setecientos diecisiete mil ciento treinta y un dólares con setenta y siete centavos de los Estados Unidos de América. Cantidad que fue amparada en certificados de depósitos del Banco Cuscatlán y del Banco Salvadoreño, aceptando los depositarios, en el carácter que actúan, el deposito que se les hace, dándose por recibidos de dinero, el cual devolverán el día trece de mayo del año dos mil cuarenta, salvo que el depositante -AMPES- lo requiera antes. Dinero que fue entregado con el fin de darle cumplimiento al mandato de las asambleas generales nacionales, consignado en actas relacionadas en ese instrumento.

Examinada que ha sido la naturaleza jurídica del contrato, resulta que se trata de depósito de dinero, respecto de lo cual esta Sala considera fundamentalmente tres aspectos: Primero, que por regla general el depósito de dinero, conforme a las normas civiles -Art- 1978 C- si no es en arca cerrada o con otras precauciones que

hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario, será obligado a restituir otro tanto de la misma moneda.

En esto coinciden la doctrina -y la opinión de la Cámara- que en tal supuesto se está en presencia de un depósito irregular. Esta clase de depósito, a diferencia del depósito propiamente dicho o denominado también depósito regular, recae siempre sobre cosas fungibles como el dinero; la irregularidad estriba, entonces, en que el depósito debe tener por objeto cosas fungibles o consumibles. Doctrinariamente, se entiende que en esta clase de depósito, se encuentra el depositario autorizado para disponer de ellas e incluso consumirlas, y se libera de su obligación mediante la entrega o devolución, no de la cosa depositada, sino otra equivalente en especie, calidad y cantidad; en una palabra puede decirse que en estos casos, el dominio del objeto depositado pasa a manos del depositario. Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. PP. 292. Versión electrónica.

Segundo, que en los supuestos de depósito irregular, si bien es cierto que el depositario, al tomar posesión de las cosas fungibles como el dinero adquiere, a su vez, la propiedad de las mismas, también lo es que siempre estará obligado a restituir o reponer con otras especies distintas; aunque del mismo género, cantidad y calidad a aquellas recibidas en depósito.

Tercero, que este tribunal casacional no puede soslayar en el análisis jurídico del presente caso, la voluntad manifestada por los otorgantes del contrato en el instrumento; *sub examine,* al consignar expresamente en éste que la suma de dinero que la asociación AMPES trasladó a la fundación INNOVA lo fue en "calidad de depósito en administración". De ese modo, al examinar detalles importantes del contrato, como los antecedentes que se consignan en el mismo, se advierte claramente que la decisión de entregar esos fondos a fundación INNOVA, lo ha sido con la finalidad concreta de que dicha fundación custodie y administre dichos fondos; y que por dicha labor la fundación INNOVA devengaria en concepto de remuneración, la suma de cinco mil dólares mensuales, los primeros cinco años, y diez mil dólares el resto del plazo. No otra finalidad se deriva de las "DECLARACIONES GENERALES" del contrato en comento, en el que se relaciona – como justificación para la creación de INNOVA- el acta número "TREINTA Y SIETE" de fecha trece de octubre del año dos mil uno, en la que se hace constar que: " *la Asamblea Nacional acuerda por unanimidad que se forme una entidad que tenga como objeto el control y la administración del patrimonio que se recupere, el cual fue sustraído de manera fraudulenta a AMPES, por administraciones anteriores y traslado de forma irregular a la Fundación Calpiá y Financiera Calpiá, para lo cual se le concede amplias facultades a la Junta Directiva Nacional actual a fin de que se tomen todas las medidas y acciones necesarias para la conformación de dicho organismo cuya misión fundamental será el manejo claro y transparente de las erogaciones para la ejecución*

de proyectos de una manera eficiente con una acción eficaz hacia las futuras Juntas Directivas a favor del sector de la micro, pequeña y mediana empresa".

En esa misma línea, se relaciona el acta número "TREINTA Y NUEVE" del diez de septiembre del año dos mil dos, que contiene acuerdos tomados en Asamblea Nacional Extraordinaria en la que, en lo pertinente, hace constar lo siguiente: "*Acordar unánimente ratificar la institución de un ente que administre el patrimonio recuperado, y que este sea una fundación autorizando irrestricta y plenamente a la Junta Directiva a efectuar los trámites al respecto*". (Sic). Acuerdo que, según se desprende del contrato, resulta coherente con la finalidad por la cual se entrega el dinero a la fundación INNOVA.

Expresado lo anterior, se advierte por la Sala, que este aspecto no fue abordado por el tribunal de alzada, ni por el Juzgado Segundo de Instrucción, cuyo análisis argumentativo se limitó a considerar que la cantidad de dinero trasferida a la fundación INNOVA lo fue en propiedad y que, por tal razón, no puede ni siquiera exigirse, por parte de AMPES que se reputa cómo víctima, el reintegro de una suma de dinero que por ministerio del contrato celebrado fue dado en propiedad, estimando, como ya se indicó que se trata de un depósito irregular, el cual, a su criterio, constituye "*un título inidóneo para generar la obligación de reintegrar el bien objeto del contrato*". (Sic).

En ese orden de argumentos, y en vista de la voluntad manifestada por los contratantes, principalmente, por la asociación depositante AMPES, al quedar claramente consignado en el contrato que la fundación INNOVA fue constituida por la misma AMPES, con la finalidad que aquella, desarrollara un rol de contralora y administradora del patrimonio recuperado por AMPES -y que dicho sea de paso, la suma depositada a INNOVA son fondos recuperados en litigio por AMPES según reza en el mismo instrumento-; y que para el cumplimiento de los fines que se consignan en los acuerdos de la Asamblea Nacional Extraordinaria, relacionados en el contrato celebrado, se entregaba en calidad de depósito en administración la cantidad de dinero ya expresada. Por tal razón, a juicio de esta Sala, el contrato ya no puede ser considerado un mero depósito irregular, porque el dinero ha sido entregado en administración; y pese a que las partes, en su libertad de contratación, garantizada por la Constitución de la República, han acordado que tal administración de los fondos lo fuera en depósito, tal condición limita o restringe el empleo de los mismos, necesariamente, a los fines que se establecen en el instrumento público. De ahí, que aunque en el contrato se diga que la depositante autoriza que INNOVA haga uso irrestricto de cantidades de dinero, se debe tener en cuenta que dicha autorización se otorga en el marco de las finalidades que se consigna en el contrato, al expresarse en éste que dichas cantidades de dinero que se entregan, son para invertirlo en el cumplimiento de sus finalidades.

De lo dicho, esta Sala estima que aunque la Cámara no haya advertido tal aspecto, resulta de suma relevancia considerar que no se trata de un deposito irregular como lo sostiene dicho tribunal, por cuanto, en éste, el depositario puede gozar de una disponibilidad plena de los objetos recibidos; ejemplo palmario de ello es el caso de los bancos quienes reciben el dinero en propiedad y sin ninguna restricción o finalidad de parte de los depositantes, Art. 1186 Com. Caso distinto son aquellos supuestos de depósito con fines de administración, que como ejemplo puede citarse el judicial, en el que se designa a una persona natural o jurídica para asegurar la administración provisional de una sociedad civil, mercantil o de una asociación o de un patrimonio; contexto del que surge el concepto de depositario administrador, que es la persona nombrada por un juez de oficio o a petición de parte, para ejercer actos de administración sobre lo que el tribunal determine. La figura del depositario administrador se diferencia del depositario propiamente dicho, en que son mayores sus responsabilidades; ya que mientras éste sólo está obligado a conservar la cosa depositada, el administrador debe, además, procurar conservar e incrementar los bienes que se le confiaron; lo que configura una especie de depositario-mandatario. (Osorio Manuel ob. cit. p.p. 292).

Como corolario de lo expuesto, se tiene que en el caso *sub judice*, el contrato de depósito celebrado entre la asociación AMPES y la fundación INNOVA, no es un deposito irregular como lo han interpretado la Cámara y el tribunal de sentencia; sino, como ha quedado demostrado, se trata de un contrato de depósito en administración en el que se especifica claramente que la suma de un millón setecientos diecisiete mil ciento treinta y un dólares con setenta y siete centavos de dólar de los Estados Unidos de América ($1. 717.131.77) ha sido entregada para ser custodiada y administrada por la depositaria y si bien se trata de cosas fungibles como es el dinero, dicha circunstancia no releva a la fundación INNOVA de su obligación de devolver a la asociación depositante la suma entregada a dicha calidad; por lo que estando firme la resolución de los tribunales civiles en la que se ordena a INNOVA hacer efectiva la devolución de dichos fondos, y al no haberse atendido tal requerimiento por la fundación depositaria; resulta entonces que la conducta atribuida a los representantes de la fundación INNOVA, resulta típica a la luz de lo regulado en el Art. 217 Pn., pues no puede descartarse la idoneidad del titulo -que en el de autos se ha denominado depósito en administración- para la configuración del delito de Apropiación o Retención Indebidas, en virtud del cual la disponibilidad de dichos fondos, desde la perspectiva de sus finalidades resulta ser limitada; constituyendo una restricción insoslayable que vincula a la depositaria INNOVA al cumplimiento de los fines por los cuales se creó, y que por ende se le entrego la suma de dinero.

Finalmente, no puede esta Sala dejar de referirse a lo sostenido por la Cámara, cuando respecto del contrato celebrado, ha dicho que la pretensión del querellante es inadmisible, por haberse estipulado en dicho

contrato, los términos en que se resolverán los conflictos suscitados en la ejecución del mismo, debiendo someterse a arbitraje de conformidad al romano VIII del citado instrumento.

Este Tribunal no está de acuerdo con tal afirmación esgrimida por la alzada, como un fundamento adicional para estimar atípica la conducta de los incoados, por cuanto, si bien tal acuerdo tiene su origen en el contrato mismo, celebrado este conforme a la ley, y que como acuerdo entre dos o más personas (naturales o jurídicas), se rige básicamente por el principio de autonomía entre las partes; eso no puede interpretarse como un obstáculo al ejercicio de la acción penal, toda vez que el sujeto activo de esta clase de ilícitos, haya incurrido ya en la infracción penal objeto de persecución; de tal manera que dicha libertad de contratación no puede incorporar cláusulas que puedan ser interpretadas como una forma de evitar la persecución penal por la futura comisión de un delito ya consumado; por cuanto la acción penal es de carácter obligatorio e indisponible en su ejercicio por parte del Estado; no pudiendo los particulares disponer respecto de ella.

De suyo, dicho argumento esgrimido por la alzada resulta inapropiado como fundamento para considerar que el asunto debatido, en las presentes actuaciones, tiene una connotación civil y que por ello resulta atípica la conducta de los encausados.

En consonancia con lo expuesto y de conformidad a lo que establece el Art. 217 Pn., la conducta realizada por los imputados es constitutiva del delito de Apropiación o Retención Indebidas, ya que en el contrato otorgado ante el notario autorizante, éste relacionó ampliamente los acuerdos que determinan que el depósito lo sería en concepto de custodia y administración; contrato que tanto la Asociación depositante y la Fundación depositaria estuvieron de acuerdo en celebrar; lo que implica que dichas instituciones estaban conocedoras del contenido del mismo.

Por las razones antes esgrimidas, y en virtud de la procedencia del motivo invocado por la parte querellante, considera este Tribunal que tanto la Cámara como el Juez Segundo de Instrucción de esta ciudad, incurrieron en el vicio alegado, ya que al efectuar el juicio de tipicidad de la conducta atribuida a los representantes de la fundación INNOVA, estimaron erróneamente que se trataba de un título no idóneo para la configuración del tipo penal establecido en el Art. 217 Pn., lo que como ha quedado demostrado, se trata de un depósito en administración otorgado a la fundación depositaria, la cual se encuentra limitada para el uso de los fondos recibidos por ministerio del mismo contrato, lo que torna apropiado dicho título a efectos de considerar típica la conducta acusada.

De consiguiente, se procederá a declarar la nulidad de ambas resoluciones -de segunda y primera instancia- únicamente en lo que atañe a la atipicidad del delito de Apropiación o Retención Indebidas, Art. 217 Pn., quedando firme todo lo referente al delito desobediencia de particulares; Art. 338 Pn.; por lo que se retrotrae el proceso hasta la audiencia preliminar para que continúe las actuaciones, debiendo reponerse por parte del Juzgado Segundo de Instrucción de esta ciudad, la resolución de primera instancia anulada, la que deberá pronunciarse tomando en cuenta las previsiones advertidas en la presente decisión.

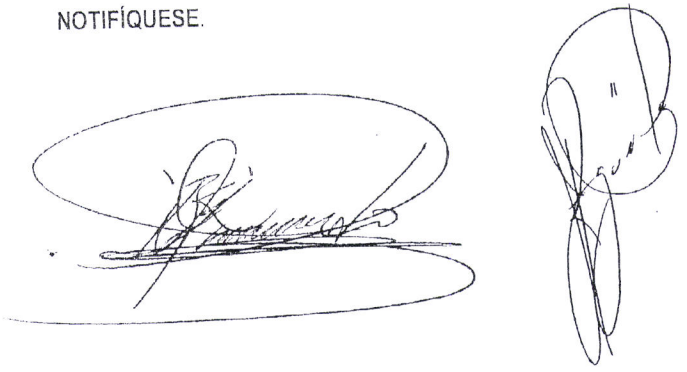
FALLO

POR TANTO: Con base en las razones expuestas, disposiciones legales citadas y Arts. 217 Pn., 50 Inc. 2° Lit. a), 144, 478 N° 5° y 484 Pr. Pn., en nombre de la República de El Salvador, esta Sala RESUELVE:

A) Declárase **HA LUGAR A CASAR** la resolución pronunciada por la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro de esta ciudad, únicamente en lo que atañe a la atipicidad del delito de Apropiación o Retención Indebidas, Art. 217 Pn., en virtud del motivo alegado por el licenciado Julio César Magaña Sánchez; quedando firme todo lo referente al delito desobediencia de particulares; Art. 338 Pn. Anulase también en los mismos términos el proveído emitido por el Juzgado Segundo de Instrucción de esta ciudad el día doce de agosto del año dos mil dieciséis, por incurrir en el mismo vicio.

B) Remítase el proceso al Juzgado Segundo de Instrucción de esta ciudad para que reponga la resolución anulada conforme a los términos indicados en la presente, debiendo continuar las actuaciones conforme a las reglas del debido proceso.

NOTIFÍQUESE.



PRONUNCIADO POR LA MAGISTRADA Y EL MAGISTRADO QUE LO SUSCRIBEN

VOTO RAZONADO DEL MAGISTRADO SUPLENTE
RICARDO RODRIGO SUAREZ FISCHNALER

No concurro con mi voto a la formación de la providencia que antecede, en virtud de la cual se declara ha lugar a casar la resolución pronunciada por la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro a las diez horas con cincuenta y cinco minutos del día once de octubre de dos mil dieciséis, en lo que a la atipicidad el delito de Apropiación o Retención Indebidas se refiere.

En síntesis, el sustrato fáctico del caso en estudio consiste en que, en virtud de un contrato de cuya calificación jurídica por el momento prescindiremos, una entidad entregó a otra entidad una suma de dinero, una parte de la cual estaba depositada en varias instituciones bancarias, presentando la convención celebrada las estipulaciones siguientes: a) La suma de dinero entregada no se hizo en arca cerrada, por lo que la entidad receptora de los fondos quedó expresamente autorizada para hacer uso irrestricto del dinero para invertirlo en el cumplimiento de sus finalidades; b) Las utilidades e intereses que se generaran por la ejecución de los proyectos deberían emplearse para el funcionamiento de la entidad receptora de los fondos, la que además debía compartirlos con la entidad que entregó los fondos, siempre que con ello no se afectare las inversiones de la entidad receptora de los mismos. Las utilidades e intereses que hubieren sido generados en la ejecución de los proyectos debían ser entregados por la entidad receptora de los fondos a la entidad que entregó los mismos dentro del plazo contractualmente estipulado para ello, siempre que la entidad que entregó los fondos justificare la necesidad de dichos fondos por medio de proyectos a ser aprobados por la Asamblea General de la receptora de los fondos; c) La entidad receptora de los fondos no tendría obligación de rendir cuentas; d) La entidad receptora de los fondos se obligó a devolverlos a la entidad de la cual recibió los mismos el día trece de mayo del año dos mil cuarenta; e) No obstante el plazo convenido, la entidad que entregó los fondos podía requerir la devolución de los mismos, en forma parcial, antes del vencimiento del plazo establecido, siempre que: (i) la entidad que entregó los fondos justificara la necesidad de las sumas requeridas y que las mismas fueran destinadas al cumplimiento de las finalidades de la entidad que entregó los fondos; (ii) la entidad que entregó los fondos presentara a la receptora de los mismos los proyectos a ser financiados con la sumas cuya devolución anticipada se requiriera; y (iii) la Asamblea General de la entidad receptora de los fondos aprobara la viabilidad de la ejecución de los proyectos presentados por la entidad que

entregó los fondos, proyectos que debían implementarse en las áreas específicas que, con considerable grado de detalle, se plasmaron en el contrato; f) Se estipuló una remuneración por la custodia del dinero.

Requerida que fue judicialmente la entidad receptora de los fondos a devolver los mismos, no procedió a ello.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la convención antes relacionada, las partes contractuales nominaron al negocio celebrado como un contrato de depósito. Dicho contrato, que en términos generales es definido por el Art. 1968 C. como aquel en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie, puede adoptar dos maneras, según dispone el Art. 1971 C.: el depósito propiamente dicho y el secuestro. Para el caso que nos ocupa, siendo que no intervino tercero alguno en la relación contractual que se examina, no resulta de interés el secuestro, por lo que nos centraremos en el depósito propiamente dicho.

El depósito propiamente dicho, según el Art. 1972 C., es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante. Este tipo de depósito es aquel que tiene por objeto cosas no fungibles y no consumibles. Aunque la exigencia de no fungibilidad y no consumibilidad no se encuentra plasmada expresamente en el Código Civil, la misma puede derivarse del Art. 1968 ("... *y de restituirla en especie*."), del Art. 1972 ("... *y la restituya en especie a voluntad del depositante*.") y del Art. 1985 C. ("*El depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se le han confiado en depósito, ...*"). (Los subrayados son nuestros).

En apariencia, la continuación del Art. 1985 C. permitiría que el depósito propiamente dicho recayera sobre cosas fungibles, pues tal disposición expresa que el depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se le han confiado en depósito, aunque consistan en dinero o cosas fungibles, salvo el caso del artículo 1978 C.. Si embargo, dicha norma debe entenderse en el sentido que, aun si los bienes depositados consisten en dinero o cosas fungibles, el depositario queda obligado a restituir el "mismo" dinero o los "mismos" bienes fungibles que recibió. Y la excepción que contiene dicha disposición, referida al Art. 1978, nos da luz acerca de ello.

- En efecto, el Art. 1978 C. se refiere al depósito de dinero en arca cerrada, cuya llave tiene el depositante. En este caso, el depositario debe devolver al depositante el arca, envase o recipiente que contiene el dinero o los fungibles, de manera íntegra e incólume, habida cuenta que el Art. 1980 C. ordena que el depositario debe, como parte de su obligación de guardar el bien dado en depósito, respetar los sellos y cerraduras del recipiente que contiene dicho bien.

Puede concluirse entonces que la exigencia de no fungibilidad y de no consumibilidad de la cosa depositada tiene su origen en que el depósito propiamente dicho no es un contrato traslaticio de dominio sino un contrato de mera tenencia, tal como se desprende del Art. 753 C., disposición que hace referencia al secuestre como mero tenedor y que debe entenderse extensivo al depositario, pues como se ha dicho antes el secuestro no es sino una de las modalidades que puede adoptar el contrato de depósito.

Ahora bien, el Art. 1978 C. hace relación al depósito de dinero que no se hace en arca cerrada, caso en el cual se presume que el depositario puede usarlo y debe restituir otro tanto en la misma moneda. Siendo que este evento se aleja de la regla general que hemos enunciado, consistente en que el depósito propiamente dicho debe necesariamente recaer sobre cosas no fungibles y no consumibles, entonces queda claro que el supuesto regulado en el Art. 1978 C. no puede ser un depósito propiamente dicho. Es entonces esta figura a la que la doctrina ha llamado depósito irregular, el que tradicionalmente se ha definido como aquel contrato de depósito en virtud del cual el depositario, en lugar de estar obligado a restituir idénticamente la cosa recibida, está obligado a entregar cosas de la misma especie y en igual cantidad. En esta clase de depósito el depositario no es deudor de una especie determinada sino que es deudor de un género, por lo que cumplirá entregado el *tantundem*, es decir, la misma cantidad de bienes, de igual género y calidad al de los recibidos.

Entonces, si en el depósito irregular el depositario cumple entregando el *tantundem*, se da por descontado que le es permitido usar, disponer y consumir el dinero que le fue entregado a tal título. En otras palabras, en el depósito irregular el depositario no es un mero tenedor precario, sino que adquiere la propiedad de los bienes que se le entregan, por lo que la cosa mueble dinero pasa a ser parte del patrimonio del depositario.

En el caso que nos ocupa, como antes se dijo, las partes contractuales convinieron en celebrar un contrato al que denominaron de depósito, en el cual: a) el bien depositado fue dinero no contenido en arca cerrada; y b) la entidad receptora de los fondos quedó expresamente autorizada para hacer uso irrestricto del dinero para invertirlo en el cumplimiento de sus finalidades, obligándose a devolver el mismo en la manera contractualmente acordada. De dichos elementos puede concluirse que la voluntad de las partes fue celebrar un contrato de depósito irregular.

Sin embargo, la misma voluntad de las partes produjo que dicha convención degenerara en un contrato distinto: un contrato de arrendamiento de servicios. En efecto, en base a los Arts. 1976 inc. 1° C. y 1315 C. puede sostenerse que la gratuidad es un elemento de la esencia del contrato de depósito, por lo que la ausencia de tal elemento, ocasionada por ejemplo por la estipulación de una remuneración a favor del

depositario, tiene como consecuencia que el contrato de depósito degenere en un contrato distinto. Por su parte, el Art. 1976 inc. 2º C. establece que si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa el depósito degenera en un contrato de arrendamiento de servicios.

Siendo que en el literal a) de la cláusula IV) del contrato que nos ocupa las partes estipularon una remuneración económica por la simple custodia del dinero, la convención que las partes tenían la intención de que fuera un contrato de depósito se transformó en un contrato de arrendamiento de servicios.

No obstante la trasformación ocurrida en la naturaleza del contrato, el mismo Art. 1976 C. se encarga de atemperar los efectos de dicho cambio, al disponer que, en esencia, dichos efectos se limitan a que el prestador del servicio – o si se quiere el "depositario remunerado" - responderá hasta de la culpa leve, a diferencia del depositario, que salvo pacto en contrario responde solamente de la culpa grave. En todo lo demás el prestador del servicio queda sujeto a las obligaciones del depositario y goza de los derechos de tal.

Habiendo establecido que la convención que se estudia es un contrato de arrendamiento de servicios, corresponde ahora determinar la adecuación de la conducta que se enjuicia al tipo del delito que se imputa.

Esta Sala ha sostenido para que exista el delito de Apropiación o Retención Indebidas deben concurrir los elementos siguientes: 1) Preexistencia del poder o custodia sobre una cosa mueble ajena; 2) Existencia de un título que produzca la obligación de entregar o devolver la cosa o su valor; 3) Apropiación, no devolución o no restitución de la cosa o su valor. (Por ejemplo, sentencia de las doce horas y treinta minutos del día veintitrés de marzo de dos mil seis, pronunciada en la casación 73-CAS-2005).

En cuanto al primer elemento, la existencia de una cosa mueble ajena, es claro que en el caso que nos ocupa la entidad que entregó el dinero a la prestadora del servicio autorizó expresamente a esta última para que hiciera uso irrestricto del dinero para invertirlo en el cumplimiento de sus finalidades. Esta circunstancia resulta de esencial importancia, cualquiera que sea la etiqueta que quiera colocarse al contrato que nos ocupa.

Utilizando el criterio de transferencia de propiedad se llega a la conclusión de que con la entrega inicial del dinero - bien fungible por excelencia - y la autorización para usar el mismo de manera irrestricta, el prestador del servicio (o depositario, si se quiere, pues el término que se use es irrelevante en este respecto) se hizo dueño del dinero, por lo que, en consecuencia, es imposible que se cumpla con el supuesto contenido en el Art. 217 Pn., consistente en que la tenencia o custodia debe recaer sobre una cosa ajena.

Y es que, por una parte, es imposible que alguien que ya es dueño de una cosa se apropie de ella; y por la otra, la falta de entrega o de restitución de una cosa por quien es su dueño no puede ser constitutivo de una apropiación o retención indebidas.

Por esa razón, bajo este criterio, cualquier contrato en virtud del cual el receptor de bienes fungibles adquiera el dominio sobre los mismos, obligándose a restituir el *tantundem*, será no idóneo como título configurador del delito de Apropiación o Retención Indebidas. En igual sentido se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional, refiriéndose a un contrato de depósito irregular, expresando que existirá Apropiación o Retención Indebida solamente cuando media la obligación de entregar o devolver la cosa ajena y, que por pasar la cosa mueble dinero a ser parte del patrimonio del depositario, es decir de su propiedad, la exigencia y cumplimiento del contrato queda circunscrito a las disposiciones civiles que regulan la naturaleza de este tipo de contratos, por lo que las obligaciones derivadas del mismo deben ser requeridas y exigidas conforme la legislación civil y en la jurisdicción civil. (Resolución pronunciada a las catorce horas del día once de abril de mil novecientos noventa y seis, hábeas corpus ref. 4-R-96).

Ahora bien, si en lugar del criterio de transferencia de propiedad se recurre al criterio de disponibilidad de los bienes recibidos para analizar el caso en estudio, se arribará a la misma conclusión, pues resulta que en virtud del contrato celebrado la entidad receptora de los fondos quedó expresamente autorizada para hacer uso irrestricto del dinero para invertirlo en el cumplimiento de sus finalidades.

Debe tenerse en cuenta que el hecho que se haya expresado que la entidad receptora de los fondos podía hacer uso irrestricto del dinero para invertirlo en el cumplimiento de sus finalidades no puede ser considerado, en modo alguno, como una limitación impuesta por la entidad que entregó los fondos respecto al uso de los mismos, pues resulta evidente que la capacidad de una persona jurídica, y por ende la validez de sus actos, está íntimamente relacionada a que las actuaciones que realicen se encuentren dentro de lo que su normativa interna regula. (Art. 3 de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro y Art. 1318 inc. 3º C.).

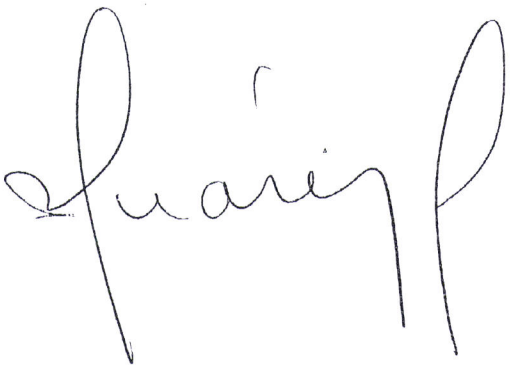
En todo caso, es importante señalar que en el contrato que nos ocupa las limitaciones fueron establecidas en contra de la entidad que entregó el dinero y no de la entidad que lo recibió. En efecto, se estableció un plazo para la devolución del dinero, lo cual constituye una limitación a la facultad de la entidad que entregó los fondos de solicitar su devolución en cualquier momento. Y aunque se previó la posibilidad de que la entidad que entregó los fondos pudiera requerir la devolución de los mismos, en forma parcial, antes del vencimiento del plazo establecido, esa facultad quedó sujeta a un conjunto de requisitos, como son: (i) la entidad que entregó los fondos debía justificar la necesidad de las sumas cuya devolución requiriera; (ii) la entidad que

entregó los fondos debía presentar a la entidad receptora de los mismos los proyectos a ser financiados con la sumas cuya devolución anticipada se requiriera; y (iii) la Asamblea General de la entidad receptora de los fondos aprobara la viabilidad de la ejecución de los proyectos presentados por la entidad que entregó los fondos, proyectos que debían implementarse en las áreas específicas que, con considerable grado de detalle, se plasmaron en el contrato.

Por ello, habiéndose pactado una disponibilidad ilimitada sobre el dinero entregado, también bajo el criterio de la disponibilidad de los bienes recibidos el contrato que se estudia resulta título no idóneo para configurar el delito de Apropiación o Retención Indebidas.

Por las razones expuestas considero que la resolución de la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro en virtud de la cual se confirmó el sobreseimiento definitivo dictado por la Juez Segundo de Instrucción de San Salvador está arreglada a Derecho, por lo que es procedente declarar que no ha lugar a casar la primera providencia mencionada.

San Salvador, veintiocho de junio de dos mil diecisiete.



PRONUNCIADO POR EL MAGISTRADO DE QUE LO SUSCRIBE.

La presente copia es fiel y conforme con su original, la cual se confrontó, en la Secretaría de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, y para efectos que le sirva de legal NOTIFICACION le (dejé) (fijé) (envié) la presente (esquela) (edicto), a las- diez horas y cuarenta y cinco minutos del día catorce de julio de dos mil diecisiete.

Licda. Jessica Jasmin Quijada Landaverde
Secretaria Notificadora de la Sala de lo Penal
C.S.J.

SECRETARIA DE NOTIFICACIONES CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO PENAL REPUBLICA DE EL SALVADOR